

冷眼看资本金“支付结汇制”

林华昌 *

摘 要:本文简要介绍了“支付结汇制”的相关规定,并分析该制度存在的缺陷。在此基础上,从整合现行相关法律文件、制订《资本金结汇管理办法》,取消限额管理规定、建立更为科学的统计监测系统,设置资本金结汇所得人民币资金的回兑机制,规定企业因预付款提前办理资本金结汇期间,规范企业备用金使用行为,强化银行法律责任、提高银行合规经营意识等六个方面,提出完善“支付结汇制”的立法建议。

关键词:资本金 结汇 外商投资企业

近年来,外汇管理领域外商投资项下资本金结汇管理方式进行了不少改革,逐渐建立起一套“支付结汇制”的管理模式。该制度实施至今,取得了一定的成果,但同时也存在着不少需要改进的地方。

一、“支付结汇制”的相关规定

国家外汇管理局及其综合司出台的以下几个法律文件涉及“支付结汇制”,具体有:(1)《关于改革外商投资项下资本金结汇管理方式的通知》(汇发[2002]59号,以下简称59号文);(2)《关于完善外商直接投资外汇管理工作有关问题的通知》(汇发[2003]30号,以下简称30号文);(3)《关于改进外商投资企业资本项目结汇审核与外债登记管理工作的通知》(汇发[2004]42号,以下简称42号文);(4)《关于对外商投资企业将资本金结汇归还人民币贷款行

为定性处理的通知》(汇综发[2008]39号,以下简称39号文);(5)《关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》(汇综发[2008]142号,以下简称142号文)。

59号文规定改变了原来外商投资项下资本金结汇由外汇局逐笔审批,外汇指定银行(以下简称“银行”)凭外汇局核准件办理的管理方式,实行外商投资项下资本金结汇授权银行直接审核办理,并明确资本金结汇所得人民币资金只能用于投资项目的正常生产经营开支。42号文曾规定,银行在办理外商投资企业资本金结汇时,对于一次结汇金额在20万美元以上的,应要求申请企业提供有关结汇资金用途的书面支付命令,直接向其交易对方支付。对于企业支付工资、留存备用金或结汇资金在20万美元(含)以下的小额支付,可以不要求企业提供书面支付命令而将结汇资金进入其人民币账户,但该企业在办理下一笔结汇

* 作者简介:林华昌,厦门大学法学院国际经济法博士后。

时,应提供上一笔结汇资金的用途明细清单。30号文将59号文附属资本金结汇操作规程中银行所需审核的材料进行适当简化。142号文要求,外商投资企业资本金结汇所得人民币资金,应当在政府审批部门批准的经营范围使用,除另有规定外,结汇所得人民币资金不得用于境内股权投资,用于证券投资的,应当按国家有关规定执行。142号文取消了42号文以20万美元为分界线区别对待资本金结汇的管理办法,明确了企业资本金结汇用于本企业备用金周转、工资奖金发放的,其结汇所得人民币资金可在企业自身的人民币账户留存,但必须向银行提交相应凭证(等值5万美元(含)以下企业备用金结汇除外)。非备用金结汇的,不管金额多大,均需将结汇后资金支付到对方账户。

以上关于外商投资企业资本金结汇授权银行直接办理,银行再根据申请企业实际生产经营需要办理资本金结汇,并将非备用金的结汇所得直接(或在申请结汇企业自身人民币账户短期过渡后)汇到交易对方账户的系列规定统称“支付结汇制”。

事实证明,该政策的出台,有利于简化外商投资企业的办事手续,降低经营成本,提高资金使用效益,同时,有利于外汇局减少行政审批,转变监管重点,从直接管理企业转为重点监管银行,提高监管效率,改进管理。该政策的实施,在遏制资本金结汇短期快速增长,保持货币政策和人民币汇率的基本稳定方面也起到一定的作用。但在人民币升值预期强烈等因素影响下,很多企业仍然迂回曲折规避“支付结汇制”的限制。“据验资询证系统统计,2008年一季度,外商直接投资资本金结汇比2007年同期增长77%,占2007年全年外商直接投资资本金结汇的30%”,政策实施效果大为减弱。

二、“支付结汇制”存在的问题

“支付结汇制”作为一项制度创新,目前仍存在以下尚未克服的问题。

(一) 政策存在“真空”地带

1. 缺乏对据以结汇的商业合同因故被撤销后结汇所得人民币资金的后续调整。在银行根据“支付结汇制”为企业办理资本金结汇后,对于据以结汇的商业合同因故被撤销或因其它原因没有实际履行的,该如何处置结汇所得人民币资金,缺乏相应规定。常理看,已经按规定汇到拟交易对方账户的人民币资金,

自应归还给结汇企业。而结汇企业在收到汇回的人民币资金后,理论上应有权自由支配。不少外商投资企业利用这一漏洞肆无忌惮地办理大额资本金结汇,他们往往以采购原材料的名义与关联企业签订合同,将大额资本金结汇打入关联企业账户。关联企业再将人民币资金直接打回结汇企业账户,或者在集团内部分配使用。

2. 缺乏对结汇时间与合同履行完毕时间的期间界定。申请结汇企业凭借与交易对方的商业合同办理资本金结汇后,合同应该在什么时间段内履行完毕,没有明确规定。诚然,“支付结汇制”的基本精神应该是强调据以办理结汇的商业合同尽快得到履行,但市场主体面临着种种不确定因素,在合同履行问题上会有很大差异。由行政法律文件来规定民事主体之间的合同履行期限,似乎也不尽合理。有真实交易背景的非关联企业之间,结汇企业自会积极督促对方按合同约定履行期履行合同。而在关联企业之间,合同履行情况就不那么乐观。理论上,只要合同真实有效,关联企业双方完全可能无限期的拖延履行时间,尽管该种做法与“支付结汇制”的精神有些背离,但情感毕竟替代不了法律。让立法精神真正起到规范作用的唯一出路是将其转化为实实在在的法律条文。

3. 缺乏对备用金的详细规定。企业在什么情况下可以申请备用金结汇,哪些支出可以列入备用金范畴,可以拥有多少备用金以及备用金可以用多长时间,法规均没有明确。且企业资本金结汇用于备用金周转、工资奖金发放的,其结汇所得人民币资金可在企业自身的人民币账户留存。因此,企业完全可能在自有人民币资金充足的情况下以备用金的名义申请资本金结汇,并长期存留在人民币账户里。

(二) 限额规定不科学

实践中,企业通常采取变“额度”为“频度”的手段,规避大额资本金结汇管理规定。142号文实施前,外商投资企业普遍存在化整为零将资本金分成若干次结汇,每次结汇不超过20万美元的现象。结汇后资金进入企业自身人民币账户,然后按照自己的意愿进行划转。如上海某外商投资企业于2007年在不到两个月时间内连续办理8次20万美元资本金结汇,结汇所得全部进入自身人民币“资金池”,轻松规避了20万美元以上大额资本金结汇的管理规定。虽然20万美元限额现已为5万美元限额所取代,但是企业同样可以连续多次办理5万美元以下资本金结汇以规避新

限额规定,所不同的是“频度”更高而已。

值得一提的是,银行作为业务受理者的同时,也是相应利益的获得者,在受理企业资本金结汇业务申请时,往往只简单审核表面的真实性。有些银行甚至直接扮演教唆者角色,指导企业如何规避大额资本金结汇管理规定。市场经济体制下,银行作为金融企业,与非金融企业之间存在很强的利益制衡关系,指望同为市场主体的银行很好地代位履行监管当局的监管职责无疑是一种美丽的幻想。

(三) 部分规定缺乏可操作性

142号文第4条规定了外商投资企业向银行申请资本金结汇需要提交的六项材料,其中第五项为:前一笔资本金结汇所得人民币资金按照支付命令函对外支付的相关凭证及其使用情况明细清单和加盖企业公章或财务印章的发票等有关凭证的复印件。同时明确若该笔结汇为一次性或分次结汇中的最后一笔,企业应当于结汇后的5个工作日内向银行提交前述材料。该条文第2款还规定:等值5万美元(含)以下企业备用金结汇的,企业无需提交第三、第五项文件。

分析上述条文可知,若企业一次性结汇或最后一笔结汇是5万美元以上的备用金,结汇企业必须在5个工作日内提交资本金结汇所得人民币资金按照支付命令函对外支付的相关凭证及其使用情况明细清单和加盖企业公章或财务印章的发票等有关凭证的复印件。这恐怕勉为其难,缺乏可操作性。

(四) 罚则指向落空

142号文明确了有擅自改变结汇所得人民币资金用途、以结汇所得人民币资金偿还未使用的人民币贷款等两种情形的,外汇局可以按照《外汇管理条例》第44条的相关规定予以处罚,但对违反“支付结汇制”其它规定的,罚则竟然不可思议的集体缺失,指向落空。如某企业办理一次性或分次结汇中,最后一笔资本金结汇本应于结汇后5个工作日内向银行提交该笔资本金使用情况的相关凭证材料,但对于超过5个工作日才提交材料的,却找不到相应的处罚细则。这种缺乏法律责任规定的“下面没了”的“太监”条文,对于那些向来遵守法律法规的“良民”来说,尚可借助他们的守法意识起到规范作用,但对于那些善于钻法律空子的“刁民”而言,则有如“周老虎”,中看不中用。在他们的逻辑中,出台行政性法律文件是你监管当局的权力,怎么操作则是他们市场主体的自由,就算违反了“支付结汇制”的规定,监管当局能奈他何?既然“下

面没了”,他们的违规成本为零,又何惧之有?

(五) 后续监管乏力

当前政策法规没有设置专用账户监测资本金结汇所得人民币资金流向,企业作为备用金的结汇所得可以留存在自身人民币账户中。实践中,该部分资金所得往往与企业原有人民币资金混合在一起。这就好比一盆水倒进一个水池中,再也分不清哪些是原来的水哪些是新进的水。假设企业将混合之后的资金一部分用于证券投资,一部分用于其他正常生产经营开支,只要用于证券投资的部分不超过企业原有人民币资金额,监管部门就无法判断企业是否将结汇后资金用于证券投资。这种情况在关联企业之间更为普遍和复杂,给监管当局的后续监管带来很大挑战。

三、完善“支付结汇制”的若干建议

(一) 整合现行相关法律文件,制订《资本金结汇管理办法》

国家外汇管理局的机构定位比较特殊,它是直属国务院由中国人民银行归口管理的国家局,却不在国务院部委系列中。因此,严格上讲,国家外汇管理局不具备部门规章的制订权,它出台的系列通知、细则等均属规范性文件。从这个意义上讲,“罚则指向落空”实属无奈之举,因为根据《行政处罚法》,规范性文件无权设定行政处罚。既要充分发挥法律文件的规范作用,设定具体的行政处罚,又要不违反上位法的规定,着实让国家外汇管理局处于两难选择的困境。改变这种局面的最佳方案是整合现行相关法律文件,提升其法律位阶,由中国人民银行以行长令的形式出台《资本金结汇管理办法》,让法律文件以部门规章的身份出现在公众面前。在新的规章里,除补充法律责任条款外,一并对“支付结汇制”的其它内容进行完善。

(二) 取消限额管理规定,建立更为科学的统计监测系统

限额管理,不管其上限大小,总存在被规避的可能。上限金额越小,市场主体规避成本将反方向变化为更大。假设经济学上有个模型能测算出企业规避成本与收益的平衡点,那么以该点为上限进行限额管理将最为科学。企业若无利可图,其规避法规的意愿自然无限弱化。在上述假设难以实现的情况下,建议取消限额管理规定,设置资本金结汇人民币专用账户。该专户收入限于资本金结汇所得以及以资本金质押

的人民币贷款所得(下文将进一步分析),支出限于企业在政府审批部门批准的经营范围内的经营需求。明确要求外商投资企业在银行开立该专户,便于监控资本金结汇所得或以资本金质押贷款所得人民币资金流向。通过设立该专户,一方面可以有效避免限额管理的弊端,另一方面将更有利于监管当局的后续监管。

(三) 设置资本金结汇所得人民币资金的回兑机制

有正常经营需求才办理资本金结汇是“支付结汇制”的基本精神,因种种原因导致结汇所得人民币资金最终没有使用,应该让资金回归原始状态。一方面,要鼓励市场主体积极创业,尊重其正常的商业行为,如因预付货款需要提前结汇等;另一方面,也要遏制企业借助商业行为以规避汇率风险赚取汇差等纯图利行为。因此,有必要设置资本金结汇所得人民币资金的回兑机制。在结汇至回兑期间内,如果人民币处于升值期,则回兑汇率采取结汇时汇率;如果人民币处于贬值期,则回兑汇率采取回兑时汇率。通过该机制,彻底消除企业借助办理资本金结汇纯粹赚取汇差的机会,从而断绝企业通过签定没有贸易背景的合同随后又撤销以骗取资本金结汇的欲望。

(四) 规定企业因预付款提前办理资本金结汇的期间

为防止企业在办理资本金结汇后无限期拖延合同履行时间,有必要参考《贸易信贷登记管理系统(延期付款部分)操作指引》(汇综发[2008]157号)第2条,规定企业因预付款提前办理资本金结汇至合同履行完毕的期间,如不能超过90天等。对于企业因客观情况预计无法在规定期间内履行合同的,《资本金结汇管理办法》应落实39号文精神,允许企业以资本金质押办理人民币贷款,但贷款只能用于企业在政府审批部门批准的经营范围内的经营需求,贷款所得必须先入上文提到的资本金结汇人民币专用账户。如此一来,有正常生产经营需求的企业也就无需费尽周折提前办理资本金结汇。

(五) 规范企业备用金使用行为

备用金在不同的语境中有不同的含义,本文所述142号文与《对外劳务合作备用金暂行办法》(对外贸易经济合作部、财政部令2001年第7号)中有关备用金含义就不同。但在调整不同社会关系的法律文件里,应该分别明确其定义。概念不明确,与其有关的规定自然容易被规避。对外商投资企业备用金的使用范畴(即哪些支出可以列入备用金)、使用期限、具体额

度等有必要详细规范,以提高“支付结汇制”法律文件的可操作性。可以借鉴《现金管理暂行条例》(中华人民共和国国务院令12号,1988年)第5条、第9条,在《资本金结汇管理办法》中规定外商投资企业备用金使用期限最长不超过15天,额度以企业15天的日常零星支出总和确定,使用范围包括职工工资、津贴、出差人员必须随身携带的差旅费、税收、水电费等。142号文中的5个工作日则相应地修改为15个工作日。

(六) 强化银行法律责任,提高银行合规经营意识

“支付结汇制”实施效果如何,银行关系重大。为更好地发挥法律文件的作用,必须规范银行的自律行为。要制定具体的处罚细则,对银行未按要求审核企业提供材料,或审核流于形式、把关不严,甚至从自身利益出发,协同企业规避政策法规的,外汇局将进行处罚,情节严重的,可以取消其资本金结汇的授权资格。通过强化银行法律责任,提高其合规经营意识,以实现授权银行代位监管的初衷。

注释:

外商投资项下资本金是指经外汇局核定最高限额的外商投资企业资本金账户内的外汇资金。

杨慧馨、王莉:《外汇管理政策聚焦》,载《中国外汇》2009年第1期(上半月刊)。

《贸易信贷登记管理系统(延期付款部分)操作指引》第2条:“自2008年10月1日(含,下同)起,企业货到付款项下(仅指tt和托收,不包括信用证和海外代付)超过90天(不含,下同)的延期付款,须登陆国家外汇管理局网上服务平台上的贸易信贷登记管理系统(以下简称“系统”)办理逐笔登记。”

《现金管理暂行条例》第5条:“开户单位可以在下列范围内使用现金:(一)职工工资、津贴;(二)个人劳务报酬;(三)根据国家规定颁发给个人的科学技术、文化艺术、体育等各种奖金;(四)各种劳保、福利费用以及国家规定的对个人的其他支出;(五)向个人收购农副产品和其他物资的价款;(六)出差人员必须随身携带的差旅费;(七)结算起点以下的零星支出;(八)中国人民银行确定需要支付现金的其他支出。”第9条:“开户银行应当根据实际需要,核定开户单位三天至五天的日常零星开支所需的库存现金限额。边远地区和交通不便地区的开户单位的库存现金限额,可以多于五天,但不得超过十五天的日常零星开支。”